

ALINNE BRANDALISE WEBER

**REPRODUÇÃO E SEXUALIDADE: DIREITOS DE PERSONALIDADE, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E LIBERDADES INDIVIDUAIS**

CURITIBA

2009

ALINNE BRANDALISE WEBER

**REPRODUÇÃO E SEXUALIDADE: DIREITOS DE PERSONALIDADE, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E LIBERDADES INDIVIDUAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a conclusão do curso de Direito, pelo
Setor de Ciência Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski.

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

Alinne Brandalise Weber

Reprodução e Sexualidade: Direitos de Personalidade, Direitos Fundamentais e Liberdades Individuais

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para outorga do grau de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Banca Examinadora:

Orientador:

Profº. Dr. Elimar Szaniawski

Professor Associado do Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Universidade Federal do Paraná – UFPR

Profº. Dr. Luiz Marlo de Barros Silva

Orientador de Estágio junto ao Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Federal do Paraná – UFPR

Profª. Dra. Tatyana Scheila Friedrich

Professora Adjunta do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 10 de novembro de 2009.

Dedico este trabalho a todos os homens e mulheres que, contra a repressão sexual, lutam pela transformação da sociedade.

Agradecimentos:

À minha mãe, Marilda, pela coragem, pela dedicação, pela visão de mundo, por tudo que tenho e sou.

Ao Bruno, pelo amor sem fim, pelo companheirismo, pelo cuidado e, sobretudo, pela amizade.

Às amigas Aline Tiduco Hossaka Moletta Nascimento, Keyla Cristina Egashira Mendes de Souza e Nathalia Lima Barreto pelo apoio em todos os momentos, pelo carinho, pela paciência.

Ao Professor Elimar, pela orientação, pela formação acadêmica, pela visão vanguardista que suscita em seus alunos a busca por novos horizontes.

SUMÁRIO

<u>RESUMO</u>	6
<u>INTRODUÇÃO</u>	7
<u>CAPÍTULO 1: Direitos de Personalidade como Direitos Fundamentais</u>	11
1.1. A Cláusula Geral de Tutela da Personalidade fundada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	14
1.2. Direito à Vida Privada e Dignidade da Pessoa Humana	19
1.3. Direito à Saúde e Biodireito	21
<u>CAPÍTULO 2: Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos</u>	24
2.1. Perspectivas Histórica e Moral	24
2.2. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos	28
2.3. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos no Ordenamento Jurídico Brasileiro	32
2.4. Dos Direitos Sexuais e Reprodutivos ao Direito da Sexualidade	36
<u>CAPÍTULO 3: Direito da Sexualidade e Liberdades Individuais</u>	39
3.1. Liberdade: Conceituação e Caracterização	39
3.2. Liberdade e Sexualidade	43
3.3. Liberdade e Igualdade: Garantias à Dignidade	47
<u>CONCLUSÃO</u>	52
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	55

RESUMO

As lutas sociais contra desigualdades de gênero, o surgimento de novas formas individuais e coletivas de ser e de exercer a sexualidade, a busca pela liberdade e pela segurança reprodutivas ensejaram a discussão social e jurídica acerca da sexualidade. Os direitos sexuais e os direitos reprodutivos têm seu reconhecimento e efetivação obstaculizados pelo código moral dominante na sociedade ocidental passada e atual e pelos dogmas religiosos. No entanto, diversos acontecimentos contribuíram no processo de reconhecimento, culminando com sua contemplação em várias Declarações e Convenções Internacionais, através dos direitos humanos. O livre desenvolvimento da personalidade, nesse sentido, constitui fundamento jurídico essencial ao reconhecimento dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos. A personalidade consiste no conjunto de caracteres intrínsecos à pessoa humana, bem primeiro a partir do qual o indivíduo poderá adquirir outros bens e deles usufruir. Sua tutela se dá, em nosso ordenamento, a partir do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e da cláusula geral protetora da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, enunciada no artigo 12 do Código Civil de 2002. Relevantes desdobramentos dos direitos de personalidade são o direito à vida privada, ligado à intimidade, à autonomia e à liberdade de cada um fazer as próprias escolhas; e o direito à saúde, ligado à qualidade de vida e ao pleno desenvolvimento físico e emocional do indivíduo. O ordenamento jurídico brasileiro tem, crescentemente, reconhecido e tutelado os direitos sexuais e reprodutivos através da ratificação de instrumentos internacionais, da produção legislativa e da jurisprudência. No entanto, ainda muito aquém do efetivo exercício do direito à liberdade e da igualdade material. O exercício da liberdade jurídica está condicionado à possibilidade de que cada indivíduo tenha o condão de escolher para a própria vida o que julgar melhor livre de restrições legais e de pressões sociais. Ressalta-se, sobretudo, a proximidade e a recíproca complementação dos institutos da dignidade da pessoa humana, dos direitos de personalidade, do direito à liberdade, do direito à autodeterminação e do direito à igualdade material, todos eles direitos fundamentais, tendo em vista o reconhecimento e a tutela dos direitos sexuais e reprodutivos reconhecidos como uma única categoria jurídica, a do direito da sexualidade, conformadora das diversas relações sociais que envolvem direta e decisivamente a sexualidade humana.

Palavras-chave: reprodução; sexualidade; gênero; liberdade sexual; igualdade material; orientação sexual; expressão sexual.

INTRODUÇÃO

As lutas sociais contra desigualdades de gênero, o surgimento de novas formas individuais e coletivas de ser e de exercer a sexualidade, a busca pela liberdade reprodutiva e suas relações com a sexualidade revelam a necessidade da afirmação dos direitos sexuais e reprodutivos, bem como da tutela dos mesmos.

Os direitos sexuais dizem respeito à possibilidade de cada indivíduo exercer a sexualidade da maneira que melhor lhe aprouver, a partir da orientação sexual que lhe é inerente. O livre desenvolvimento da personalidade através da expressão sexual, para que seja viável, requer a ausência de discriminação e de coerção.

Para Flávia Piovesan¹, direitos reprodutivos correspondem ao conjunto de direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e reprodução humana, circulando no universo dos direitos civis e políticos, quando se referem a liberdade, autonomia, integridade etc., e aos direitos econômicos, sociais e culturais, quando se refere a políticas de Estado. Compreende, assim, o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, quanto para a procriação sem riscos para a saúde.

Historicamente, o exercício da sexualidade esteve restrito ao âmbito conjugal, prevalecendo a submissão feminina e sua instrumentalização no processo reprodutivo. Os laços de consanguinidade constituíram, por muito tempo, elemento importante nos mecanismos de poder. O mesmo ocorreu com a gestão da vida, nascida e por nascer, isto é, o controle da maneira como cada pessoa leva a própria vida, bem como o controle da linhagem em si, garantindo que o homem gerasse herdeiros geneticamente seus.

Conforme os ensinamentos de Michel Foucault², desde o século XVIII as grandes lutas que põem em questão o sistema geral de poder têm por objeto a satisfação de necessidades fundamentais, tomadas como meio de fruição da vida e tendo em vista o desenvolvimento da essência do próprio homem e a plena realização daquilo que for possível. A vida, para ele, como objeto político, voltou-se

¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas atuais de direitos humanos*. São Paulo, Limonad: 1998.

² FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade – 1. A Vontade de Saber*. 18ª edição. São Paulo: Graal, 2007.

contra o sistema que buscava controlá-la e embasou tais lutas políticas. Segue o autor:

Sobre tal pano de fundo, pode-se compreender a importância assumida pelo sexo como foco de disputa política. É que ele se encontra na articulação entre dois eixos ao longo dos quais se desenvolveu toda a tecnologia política da vida. De um lado, faz parte das disciplinas do corpo: adestramento, intensificação e distribuição das forças, ajustamento e economia das energias. Do outro, o sexo pertence à regulação das populações, por todos os efeitos globais que induz. (...) O sexo é acesso, ao mesmo tempo, à vida do corpo e à vida da espécie.

Neste quadro, vislumbra-se a urgência em compreender e fundamentar os direitos sexuais e reprodutivos, cuja trajetória contemporânea tem início com a afirmação dos direitos humanos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

O tema tem relação com uma pluralidade de saberes e de práticas humanas, como o saber biomédico, a biologia, o direito, a filosofia e a ética³, bem como com diversas áreas do direito, abrangendo os âmbitos privado e público, sobretudo a polarização entre interesses do indivíduo em contraposição aos interesses da sociedade, do coletivo, do Estado.

O presente trabalho tem por objetivo analisar cada um dos caracteres comuns às diversas manifestações concretas dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos – aproximados pelo exercício da sexualidade e suas repercussões sociais – demonstrando os fundamentos para o reconhecimento de sua existência enquanto grupo, e a necessidade de que tanto o ordenamento jurídico quanto a opinião pública respeitem a autonomia de cada indivíduo⁴.

³ A ética tem aqui papel relevante e depende de uma reflexão intelectual sobre a moral. Só a reflexão da ética contra o preconceito pode mover a sociedade de sua indolência atual neste campo. Com isso, não se pode sustentar que a moral deva ser lançada fora como resto incômodo, mas que é preciso questioná-la sempre no seu próprio processo de transformação histórico e geográfico.

⁴ Dizem respeito aos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos a expressão sexual, a orientação sexual homossexual, heterossexual, e transexual, o travestismo, a prostituição, a discriminação sexista, o aborto, o acesso a métodos contraceptivos, o acesso a técnicas de reprodução assistida, dentre muitas outras. A pluralidade de manifestações concretas da sexualidade passíveis de tutela pelo ordenamento jurídico, cada qual com seu contexto e desdobramentos específicos, inviabiliza a presente análise de cada um deles. A intenção deste trabalho é, pois, o estudo da categoria como um todo, das dificuldades comuns enfrentadas por cada um deles e o cerne do que consideramos

Inicialmente, abordamos o primeiro fundamento jurídico essencial à fundamentação dos direitos sexuais e reprodutivos, qual seja o livre desenvolvimento da personalidade. A partir do estudo da teoria geral dos direitos de personalidade, discorreremos acerca dos principais caracteres da personalidade humana, cuja tutela se dá, em nosso ordenamento, a partir das Declarações e Convenções Internacionais, da Constituição Federal⁵, e da cláusula geral protetora da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, enunciada no artigo 12 do Código Civil de 2002. São desdobramentos dos direito de personalidade relevantes à temática, os Direitos: à Vida Privada, ligado aos conceitos de intimidade, de autonomia e à possibilidade de que o indivíduo tome suas próprias decisões; e à Saúde, ligado à qualidade de vida, à integridade psicofísica, ao bem-estar físico e social e ao pleno desenvolvimento do indivíduo.

Na segunda parte, discorreremos acerca da gênese e da significação dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos, sua evolução histórica e a influência determinante da moral e das religiões na obstaculização ao seu reconhecimento e efetivação. Ademais, relatamos os acontecimentos que contribuíram neste processo, dando destaque às diversas Declarações e Convenções Internacionais que, pouco a pouco, foram contemplando direitos sexuais e direitos reprodutivos, através da proteção dos direitos humanos. Abordamos, na sequência, o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao tema, primeiramente através da ratificação de instrumentos internacionais que se referem aos direitos sexuais e reprodutivos, bem como quanto ao reconhecimento expresso pela legislação e pela jurisprudência pátrias a manifestações concretas desses direitos. Por fim, apontamos uma proposta relevante à efetivação desses direitos, qual seja a conformação pelo ordenamento jurídico de uma série de relações sociais que envolvem direta e decisivamente a sexualidade humana, sistematizando os direitos sexuais e reprodutivos em um “direito democrático da sexualidade”, proposto por Roger Raupp Rios⁶.

A terceira e última parte trata do conceito jurídico da liberdade humana e de suas implicações na seara da sexualidade. A partir das noções de liberdade natural,

a solução a todos aplicável, ou seja, às questões ligadas à sexualidade unidas por esse denominador comum.

⁵ Incisos II e III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

⁶ RIOS, Roger Raupp. “*Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade*”. in “*Em Defesa dos Direitos Sexuais*”. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

de liberdade moral, de liberdade civil e de autonomia, construímos uma visão voltada à autodeterminação pessoal, aplicável em sua totalidade ao âmbito da sexualidade. Relacionamos as concepções de liberdade e de igualdade à concepção de dignidade humana, sendo aqueles garantidores à possibilidade de cada indivíduo orientar a própria sexualidade através de decisões pessoais e dignas, sobretudo com relação à garantia de não receber tratamento discriminatório, conferindo assim tratamento isonômico àqueles que, por algum motivo, se destacam da média da sociedade por razões ligadas ao exercício da sexualidade.

Abordamos, em síntese, a proximidade e a recíproca complementação dos institutos da dignidade da pessoa humana, dos direitos de personalidade, do direito à liberdade, do direito à autodeterminação e do direito à igualdade material, todos eles direitos fundamentais na seara dos direitos sexuais e reprodutivos, visando que a sua conjugação sirva de fundamento à efetivação destes direitos.

É, portanto, a partir da compreensão conjugada dos direitos de personalidade, dos direitos fundamentais e das liberdades individuais, descendo às minúcias da filosofia do direito que desenvolvemos o estudo dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos.

CAPÍTULO 1: DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa e à sua dignidade, tendo por objeto a tutela da vida e da integridade física, da honra, do nome, da imagem e da intimidade do indivíduo.

Sendo a personalidade um conjunto de caracteres intrínsecos ao indivíduo, trata-se de atributo primeiro, mediante o qual poder-se-á adquirir e defender outros bens inerentes à pessoa humana, tais como a vida, a liberdade e a honra.

Tradicionalmente, tais direitos são definidos em oposição àqueles que possuem conteúdo econômico direto e imediato, isto é, relacionam-se com bens imateriais e incorpóreos. A personalidade é, antes, um conceito básico sobre o qual se apóiam direitos⁷.

A personalidade é resumida por Elimar Szaniawski como *“o conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens.”*⁸.

A partir dos ensinamentos de Hubmann, Szaniawski elenca como elementos fundamentais da personalidade humana a dignidade, a individualidade e a pessoalidade. Através da dignidade humana se localiza o ser humano no Universo, uma vez dotado de dons que possibilitam a realização de tarefas de criatividade cultural, de se auto-edificar, bem como a compreensão de valores éticos. A individualidade retrata a unidade indivisível do ser humano, que possui caráter próprio. A pessoalidade, por sua vez, diz respeito à relação do indivíduo com o mundo exterior, com a sociedade e seus valores éticos.

Para o autor, a tutela da personalidade humana é o núcleo de uma esfera ética, cuja atuação é viabilizada pelo direito de personalidade. A atuação dinâmica dessa personalidade somente será protegida através de uma concepção de direito ao livre desenvolvimento da personalidade e com igualdade de oportunidades, o que

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ªed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

revela a necessidade do expresse reconhecimento pelo direito positivo de uma cláusula geral de proteção ampla da personalidade. Na ausência desta, torna-se ineficaz a outorga a todo ser humano, pela ordem jurídica, da qualidade de sujeito de direitos e de uma esfera de autonomia da vontade em suas relações sociais.

Os meios legais para garantir o livre desenvolvimento da personalidade humana e a tutela à sua dignidade são tanto normas contidas na Constituição de cada país quanto suas leis infraconstitucionais. Neste sentido, constituem importantíssima fonte e fundamento de direitos de personalidade as Declarações Internacionais, no tocante às relações do Estado com os particulares e às relações privadas.

Papel relevante teve o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, que afastou por completo a doutrina do século XIX que separava os direitos fundamentais dos direitos de personalidade.

Parte da doutrina, no entanto, mantém-se apegada à noção de que os direitos fundamentais pertenceriam ao ramo do direito público enquanto os direitos de personalidades estariam adstritos ao âmbito do direito privado⁹.

A partir da superação desta dicotomia, o direito europeu foi capaz de afastar a positivação dos direitos de personalidade em tipos legais, tendo em vista uma ampla e geral proteção da personalidade a todas as pessoas. Observa Szaniawski que a tutela da personalidade, em âmbito supranacional, visa garantir o pleno desenvolvimento da personalidade e salvaguardar a dignidade do ser humano de maneira ampla.

Destacam-se aí a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas¹⁰, a Convenção Européia de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹¹, adotada pelo

⁹ Por exemplo, a caracterização, por Venosa, dos direitos de personalidade como sendo “direitos subjetivos de natureza privada”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ªed. São Paulo: Atlas, 2005.

¹⁰ “Artigo 26, II. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.”

¹¹ “Artigo 8º. 1. Qualquer pessoa tem direito à sua vida privada e familiar (...). 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver

Conselho da Europa em 1950, e a 17ª Convenção de Haia, de 1993, por visarem a proteção da personalidade e dos direitos fundamentais.

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem vem aplicando a Convenção Europeia dos Direitos do Homem dando ênfase à liberdade do indivíduo e alinhando os ordenamentos jurídicos de vários países europeus, o que nos permite vislumbrar um direito de personalidade internacional¹².

Szaniawski¹³ ensina que, no âmbito do direito interno, a evolução do Estado liberal para o Estado social estabeleceu uma nova ordem econômico-social com o qual se tornou incompatível o sistema jurídico de base eminentemente civilista, fundado no pensamento clássico. A partir daí, as Constituições passaram a regular as relações sociais, culminando nos adventos da constitucionalização e da repersonalização do direito civil.

As Constituições passaram a tratar, além da organização do Estado e da proteção dos cidadãos através das liberdades públicas e das garantias individuais e sociais, de institutos fundamentais do direito que pertenciam tradicionalmente ao direito privado. O entendimento predominante tem sido o de fornecer ao operador do direito o poder de aplicar diretamente os princípios constitucionais nas relações entre Estado e indivíduo, bem como nas relações privadas. Superada foi, portanto, a divisão do direito em público e privado no que tange à tutela da personalidade humana, cuja principal fonte de proteção é a Constituição. O direito civil passou então a ser lido sob a ótica dos princípios constitucionais.

Alguns países membros da Comunidade Europeia vêm construindo a categoria jurídica do direito geral de personalidade a partir da releitura de normas

prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional”.

¹² Vale citar acórdão pronunciado pelo referido Tribunal em audiência pública na cidade de Estrasburgo, em abril de 2007, relativo ao processo 6339/05 no qual a Requerente, uma inglesa, invocou violação aos arts. 2º, 8º e 14º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pois o direito interno autorizara seu ex-companheiro a revogar o seu consentimento à conservação e utilização dos embriões criados por eles conjuntamente. A Grande Câmara concluiu que: 1) os embriões criados pela requerente e seu ex-companheiro não podem prevalecer-se do direito à vida protegido pelo artigo 2º e que assim não ocorreu violação dessa disposição; 2) que não ocorreu violação do artigo 8º da Convenção pois a requerente conhecia as disposições do direito e que as mesmas administravam justo equilíbrio entre os interesses em conflito, 3) era dispensável seu pronunciamento a respeito de uma diferença de tratamento comparativamente a uma outra mulher que se encontrasse numa situação análoga à sua, uma vez que a negativa à violação do art. 8º estendia-se à discussão relativa ao art. 14º.

¹³ SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

infraconstitucionais compatibilizando-as aos grandes princípios constitucionais e do direito supranacional.

Também trabalhou neste sentido o direito brasileiro, prova disto são os incisos II e III do art. 1º da Constituição de 1988, que expressam como fundamentos da República o princípio matriz da dignidade da pessoa humana e o princípio da cidadania, que se apresentam como cláusula geral de proteção da dignidade humana. Estão inclusos, também, em nosso ordenamento, os direitos e garantias fundamentais oriundos de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

A dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas fundamentais, não cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas sim de uma qualidade tida majoritariamente como inerente a todo e qualquer ser humano.

Ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade nem uma definição abstrata consensualmente aceita, a doutrina e a jurisprudência cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares da noção jurídica de dignidade e de concretizar o seu conteúdo.

1.1. A cláusula geral de tutela da personalidade fundada no princípio da dignidade da pessoa humana

Reinaldo Pereira e Silva ressalta que a dignidade não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, anterior e preexistente a toda experiência especulativa.¹⁴

Cumprе salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. Sendo ela, portanto, qualidade integrante da condição humana, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada, concedida ou retirada, ainda que possa ser violada.

¹⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito. Investigações Político-Jurídicas sobre o Estatuto da Concepção Humana*.

A dignidade representa, nas palavras de João Carlos Gonçalves Loureiro “o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível”¹⁵.

Assim, por consistir em atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometeram ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração. Versa nesse sentido o art. 1º da Declaração Universal da ONU de 1948: “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade*”. Este preceito revitalizou, de certa forma, as premissas basilares da doutrina kantiana¹⁶.

Verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido primordialmente à matriz kantiana, centrada na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa.

Neste contexto, Pérez Luño¹⁷ sustenta, retomando a noção kantiana, uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da sua esfera individual sem, no entanto, justificar sacrifícios da dignidade pessoal em benefício da comunidade, no sentido de uma funcionalização da dignidade.

Destaca Gonçalves Loureiro¹⁸ que a dignidade da pessoa humana, no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva, implica numa obrigação geral de respeito

¹⁵ LOUREIRO, J. C. Gonçalves, *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*.

¹⁶ As idéias de dignidade pessoal, de virtude, de conduta moral presentes na sociedade ocidental desde o início do cristianismo, foram encaradas de maneira diferente por Kant, em sua *Crítica da Razão Prática*, de 1788. Para ele, o dever não se apresenta através de conteúdos fixos, mas através de uma forma que deve valer de forma universal, incondicional e categórica para toda ação moral. O imperativo categórico de agir em conformidade com a conduta ética, tendo o ser humano como um fim e não como um meio orienta-se pelo valor básico, universal e incondicional da dignidade humana. Ainda segundo Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço, que representa valor exterior, de mercado, e manifesta interesses particulares; e a dignidade, valor interior, moral, de interesse geral. O valor moral está muito acima do de mercadoria, porque não admite ser substituído pelo equivalente. Consequência disso é que a legislação a vigorar no mundo social deve ter como finalidade suprema a realização do valor da dignidade humana. (MORAES, Maria Celina Bodin de.)

¹⁷ LUÑO, A. E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

¹⁸ LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

pela pessoa, traduzida num feixe de deveres e de direitos correlativos indispensáveis ao “florescimento humano”.

Também nesse sentido, afirma Jorge Miranda¹⁹ que o fato de os seres humanos serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando o que consiste em sua igualdade.

Maria Celina Bodin de Moraes²⁰ ressalta a importância da elaboração filosófica do conceito, imprescindível à reflexão jurídica do tema, uma vez que ao ordenamento jurídico não cabe determinar precisamente seu conteúdo, mas enunciar o princípio e delinear suas características a permitir que essa dignidade seja avaliada. Assim, antes de incorporá-lo às Constituições, foi necessário reconhecer o ser humano como sujeito de direitos e, portanto, detentor de uma dignidade própria.

No Direito Brasileiro, após duas décadas de ditadura militar, a Constituição de 1988 consagrou a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o qual passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional à dignidade. Assim como Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica democrática se apóia e se constitui. Desta forma, o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica, correndo o risco de tamanha abstração que torne impossível sua aplicação.

Imperativo, para que se delimitem as consequências jurídicas pertinentes, retomar os postulados filosóficos que nortearam a dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, primeiramente, contrário à dignidade humana aquilo que atenta contra a condição humana do indivíduo, isto é, tudo o que reduz a pessoa, enquanto sujeito de direitos, à condição de objeto.

O Código Civil de 1916, por razões ideológicas, deixou de tutelar os direitos de personalidade, os quais somente passaram a ser tutelados, em parte, a partir da promulgação de leis extravagantes²¹.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²¹ Vale citar as Leis 5479/68, que regula a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver e 5988/73, que trata dos direitos autorais.

O anteprojeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes, que não vingou, tratava dos direitos de personalidade em dezesseis artigos, inegável avanço na tutela destes. No entanto, apegava-se exclusivamente à concepção tipificadora e fracionária do direito de personalidade, eis que não previa uma cláusula geral. Restaria à jurisprudência, portanto, o trabalho de suprir as imensas lacunas e construir uma tutela autêntica de direitos de personalidade.

O Código Civil de 2002, por sua vez, promove a tutela geral da personalidade através de seu art. 12, que constitui uma cláusula geral protetora da personalidade do homem. Os arts. 13 a 21 trazem, ainda, algumas tipificações de direitos de personalidade.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, não contém uma cláusula geral expressa destinada a tutelar a personalidade do homem. O constituinte incluiu as categorias de direito à vida, à igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, ao segredo, etc.

Afirma Elimar Szaniawski²² que, no entanto, não se pode negar que nossa Constituição não tenha adotado a doutrina do direito geral de personalidade, especificamente em seu Título I, protegendo a dignidade humana e a prevalência dos direitos fundamentais do homem e incluindo-a dentre os princípios fundamentais do Estado brasileiro.

Para ele, o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema misto de proteção, trazendo um sistema geral de proteção da personalidade, ao lado de direitos especiais de personalidade tipificados, que convivem e atuam harmonicamente.

A Constituição Federal traz como informadores os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa, ambos com idêntico valor. Szaniawski leciona que estes dois princípios conjugados constituem a base à constituição dos demais direitos, tutelando a pessoa humana em toda a sua dimensão. Verifica, portanto, a adoção, pelo constituinte, da cláusula geral de concretização da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo, alicerçando o direito geral de personalidade a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e de alguns

²² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

outros princípios constitucionais fundamentais que garantem o exercício do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

Afirma que, “*tendo em vista a importância e a extensão do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio-mãe do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público como um todo, bem como os particulares*”²³, todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz da Constituição, seguindo os postulados desta importantíssima cláusula geral.

Elimar Szaniawski conclui, desta forma, que o direito geral de personalidade está consagrado no art. 1º da Constituição, qualificado como um direito fundamental.

Analisando o conteúdo do princípio da dignidade a partir das lições de Helmut Coing, o autor sustenta que a dignidade assume a proteção da pessoa humana e sua integridade, impedindo que sofra ofensas físicas e psíquicas, além de expressar o direito de a pessoa ser respeitada como ser intelectual. A dignidade garante assim o direito à autodeterminação, consubstanciado no direito à liberdade, de se levar a vida como escolher, visando o efetivo exercício da cidadania.

Nascendo juntamente com o indivíduo, eis que intrínseca a ele, a dignidade da pessoa humana constitui o primeiro e mais importante fundamento de todo o sistema constitucional brasileiro, “*o primeiro fundamento e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais*”, nas palavras de Luiz Antônio Rizatto Nunes²⁴.

Coaduna com as idéias já expressas Danilo Fontenelle Sampaio²⁵, para quem a idéia de que todo ser humano possui dignidade é anterior ao direito, de modo que sua existência e eficácia prescindem de legitimação, mediante reconhecimento expresso do ordenamento jurídico.

Para Szaniawski, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de expressar a essência da pessoa humana, é fundamento da ordem política e da paz social, revelando-se fonte de direitos. Assim, tem sido amplamente caracterizado como um princípio fundamental matriz, gerador de outros direitos fundamentais, um princípio absoluto e um direito subjetivo.

²³ Idem, ibidem, pág. 17.

²⁴ NUNES, L. A. Rizatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002

²⁵ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio Cultural: proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

Os princípios fundamentais não se destinam apenas à tutela de direitos em situações de embate entre indivíduo e Estado, mas têm legitimidade para incidir sobre a realização da vida social, gerando efeitos imediatos no âmbito privado, principalmente a partir da constitucionalização do direito civil.

1.2. Direito à Vida Privada e Dignidade da Pessoa Humana

Inicialmente, o conceito de liberdade ligava-se intimamente ao conceito de autonomia privada, referindo-se essencialmente à igualdade formal, no âmbito das relações patrimoniais, caracterizado pelo indivíduo livre e igual, submetido apenas à própria vontade.

Tal pensamento modificou-se a partir da necessidade de regulação das situações extrapatrimoniais. Assim, entendeu-se que as situações que envolvem direitos subjetivos devem receber tutela do ordenamento se e enquanto estiverem em conformidade tanto com o poder de vontade do titular quanto com o interesse social. Os direitos subjetivos, portanto, encerram diversas limitações, de forma que seu exercício deve respeitar os princípios constitucionalmente estabelecidos.

O aspecto do princípio da liberdade que teve sua relevância acentuada é o que se liga à privacidade, à intimidade, ao exercício da vida privada, à possibilidade de fazer escolhas próprias.

Ao direito de liberdade do indivíduo contrapõe-se o direito-dever de solidariedade social, sendo que um complementa o outro, vez que os direitos existem para serem exercidos em contextos sociais, nos quais ocorrem relações entre as pessoas. Desta forma, não há que se falar em prevalência de um sobre o outro, mas em sua compatibilização visando à dignidade da pessoa humana.

No direito brasileiro, o direito à vida privada é reconhecido no art. 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como no art. 21 do Código Civil Brasileiro.

Tem importância e significação jurídica na proteção do indivíduo considerando a defesa contra lesões a direitos dentro da interpessoalidade da vida privada. Está pautado, portanto, na divisão nuclear entre o “eu” e os “outros”, procurando criar uma esfera relativamente impenetrável ao demais.

Em Assembléia Consultiva do Conselho da Europa foi elaborada a seguinte definição de direito ao respeito da vida privada:

O direito ao respeito à vida privada consiste essencialmente em poder se levar a vida com o mínimo de ingerências. Ele diz respeito à vida privada, à vida familiar e à vida do lar, à integridade física e moral, à honra e à reputação, ao fato de não ser apresentado sobre um falso aspecto, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, à publicação sem autorização de fotografias privadas, à proteção contra a espionagem e às indiscrições injustificáveis ou inadmissíveis, à proteção contra a utilização abusiva de comunicações privadas, à proteção contra divulgação de informações comunicadas ou recebidas confidencialmente por um particular.²⁶(g.n.).

Elimar Szaniawski²⁷ define-o como “*o poder determinante que todo indivíduo tem de assegurar a proteção de interesses extrapatrimoniais através de oposição a uma investigação na vida privada com finalidade de assegurar a liberdade e a paz da vida pessoal e familiar. Ainda há o dever jurídico em relação a terceiros, de não se imiscuir na vida privada alheia nem divulgar seus segredos se acaso obtidos*”.

Szaniawski ressalta que o direito ao respeito à vida privada constitui prolongamento da personalidade do indivíduo, eis que a vida privada pertence ao patrimônio moral de toda pessoa física e constitui tal qual sua imagem, o prolongamento de sua personalidade. Ligado está a tudo que concerne à vida amorosa, à vida familiar, aos recursos financeiros de uma pessoa, a suas atividades de lazer, etc.

José Adércio Leite Sampaio²⁸ acredita que o direito à intimidade e à vida privada apresenta-se como um direito à liberdade, sendo que a estrutura jurídica do “objeto liberdade” pode ser vista como consequência conjugação de dois fatores: 1) presença de suporte jurídico – ou fazer ou não fazer permitido ou não proibido juridicamente – e 2) ausência de proibição por norma jurídica formal e materialmente constitucional.

Deve estar de acordo, portanto, com os princípios da legalidade (art. 5º, II, CF), da inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, caput, CF) e da dignidade da

²⁶ Versão em português brasileiro elaborada por SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. Versão oficial em francês disponível em <http://assembly.coe.int>.

²⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*.

pessoa humana (art. 1º, CF), com a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, honra e imagem (art. 5º, X, CF), dentre outras.

Crê o autor que, por meio dessa análise, ao unir o conteúdo geral do direito à liberdade com o conteúdo principiológico, pode caminhar para construções adequadas sobre o direito à intimidade e à vida privada.

Assim, o direito à vida privada seria composto pela liberdade sexual, pela liberdade da vida familiar e pela intimidade, além de outros aspectos de inserção com outros bens ou atributos da personalidade.

Paulo Mota Pinto²⁹ observa a importância da privacidade como um valor em si, assim como um instrumento para realização de outros bens jurídicos. É um direito que cria um espaço necessário para a realização de atividades essenciais ao ser humano, desde o desenvolvimento de sua individualidade às relações de confiança, amor e amizade.

Para ele, a privacidade propicia o relaxamento e os espaços para a auto-avaliação do indivíduo, promove a liberdade de ação e autonomia, ligando-a à dignidade da pessoa humana.

Por estas razões é que tensão existente entre o social e o individual revela-se tão importante. A dificuldade aqui reside em delimitar o campo de ação de cada um deles, isto é, até que ponto vai a limitação do individual em favor da intervenção estatal e qual o campo de ação do indivíduo.

1.3. Direito à Saúde e Biodireito

Elimar Szaniawski³⁰ sustenta que o direito à saúde, apesar de integrar o rol dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, constitui-se com muito maior evidência como um direito especial de personalidade, diretamente ligado ao direito à qualidade de vida e resultante da evolução da noção de direito à integridade física e psíquica.

Esta, tradicionalmente ligada ao direito penal (quanto ao tratamento dos presos e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis), na esfera cível tornou-se

²⁹ MOTA PINTO, Paulo. *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, v. LXIX, 1993.

³⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

meio de garantir diversos direitos de personalidade, sendo compreendido hoje como um amplo direito à saúde, abrangendo o bem-estar físico e social e a existência digna.

Nesse sentido, Perlingeri³¹ tem o direito à saúde como um dever-ser, uma vez que cada indivíduo possui o direito e o dever de realizar seu pleno desenvolvimento, de respeitar e de conservar a própria integridade psicofísica.

No âmbito da sexualidade, cada vez mais surgem situações profundamente relacionadas ao direito à saúde (com relação ao acesso à assistência pública e à qualidade de vida) e também com o biodireito, pois cada avanço tecnológico exige a criação de uma regra jurídica que discipline a conduta dos participantes, envolvendo a Ética, a Medicina, o Direito e as Relações Sociais. São exemplos os casos da reprodução induzida, da transexualidade, do aborto (eugênico, sentimental, em razão de anencefalia fetal, etc.).

A expressão Biodireito surge no Brasil a partir da positivação e incorporação ao ordenamento jurídico de regulamentação a procedimentos terapêuticos e a investigação científica.

Elida Seguin traça um paralelo entre as distinções Direitos Humanos *versus* Direitos Fundamentais e Bioética *versus* Biodireito: os Direitos Humanos ao serem positivados constitucionalmente transformam-se em Direitos Fundamentais, da mesma forma que a Bioética quando deixa o campo axiológico para ser introduzida no ordenamento jurídico torna-se Biodireito³².

A fusão da ética³³ com a ciência da vida deu origem à Bioética, integrando a cultura humana às ciências naturais, de forma multidisciplinar, e visando o estudo do comportamento humano diante do progresso das ciências da saúde.

A Bioética é o enfoque contemporâneo do humanismo preocupado com o avanço das biociências, caracterizando-se por um conteúdo transdisciplinar de comportamentos e saberes.

³¹ PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. (apud SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005).

³² SEGUIN, Elida. *Biodireito*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³³ Seguin traz a definição de Emile Durkheim, em *Lições de Sociologia, a Moral, o Direito e o Estado*: “As regras da moral individual têm por função fixar, na consciência do indivíduo, as bases fundamentais e gerais de toda a moral; é nessas bases que descansa todo o resto. As regras, ao contrário, que determinam os deveres dos homens uns para com os outros, pelo simples fato de serem homens, são a parte culminante da ética, o ponto mais elevado, a sublimação do resto”.

Relata a autora que em 1974, foi criada a partir de decisão do Congresso norte-americano a *National Commission for the protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* a fim de identificar os princípios éticos básicos que deveriam nortear a pesquisa envolvendo seres humanos. Foram estabelecidos três princípios básicos: do respeito pelas pessoas, alcunhado pelo princípio da autonomia; da beneficência, isto é a necessidade de não provocar danos, maximizar os benefícios e minimizar os riscos; e da Justiça, propondo a imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios.

Observa que a bioética tem por objeto garantir que sejam efetuadas, dentro de padrões éticos e de respeito à dignidade humana, todas as intervenções médicas. Sua positivação somente veio a contribuir nesse sentido, uma vez que o Biodireito, enquanto norma jurídica, tem a favor a coercitividade.

Elida Seguin afirma que a já demonstrada interdisciplinaridade aqui presente faz com que muitas questões do Biodireito sejam resolvidas tomando emprestados princípios de Direitos Humanos e de Direitos de Personalidade. Estes, somados aos Direitos Humanos, para ela, constituem duas denominações distintas para conteúdos muito assemelhados, eis que a principal diferenciação dos Direitos de Personalidade para os demais fundava-se apenas na base civilista destes e na constitucional daqueles, concepção esta, como visto, já superada.

Isso porque, no âmbito do Biodireito, nas palavras da autora “*é mister que seja evitada a transformação do paciente apenas na sua doença, a perda da identidade e sua coisificação*”. Ressalta, ainda, que o direito e a moral numa dada sociedade são instrumento de controle social que se completam e que se influenciam mutuamente, sem se excluírem.

A saúde é um direito básico do homem, incluído no rol dos Direitos Humanos e Fundamentais, sendo, pois, tutelado constitucionalmente como forma a atender aos princípios do Estado Democrático. As situações relativas ao Biodireito tendem – opostamente – à vitimização do homem, seja em questões relativas ao direito à saúde, à integridade psicofísica, ao direito de procriar, ao direito à vida, dentre outros.

CAPÍTULO 2: DIREITOS SEXUAIS E DIREITOS REPRODUTIVOS

Ligados ao direito à saúde estão os direitos sexuais e os direitos reprodutivos, uma vez que para o ser humano atingir seu pleno desenvolvimento ele precisa que, além das condições físicas, necessidades básicas sejam supridas, como o carinho, a auto-estima, a intimidade, a expressão emocional, o prazer e o amor. A sexualidade humana, como parte integrante da personalidade de todo ser humano, é construída através da interação entre o indivíduo e as estruturas sociais.

Nas palavras de Laura Davis Mattar³⁴:

Os direitos reprodutivos referem-se, resumidamente, ao direito de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, bem como o direito a ter acesso à informação e aos meios para a tomada desta decisão. Já os direitos sexuais dizem respeito ao direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência.

Esclarece, ainda, que sua proximidade reside no fato de que o pleno exercício da sexualidade depende da desvinculação de ato sexual e reprodução. A importância de que a reprodução seja vista como fim último da relação sexual extrapola o âmbito do papel da mulher na sociedade, abrangendo também os discursos sobre o sexo, que buscam restringir as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo e o exercício da sexualidade pelas mulheres fora do casamento.

O modelo normativo adotado, a partir daí, foi o da heterossexualidade, entendido até a atualidade como a forma “natural” de relação sexual³⁵.

2.1. Perspectivas Histórica e Moral

A noção dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos tem evolução histórica ligada aos movimentos sociais, em especial ao movimento de mulheres e ao movimento homossexual, a partir da crítica às políticas controlistas e ao gerenciamento da sexualidade.

³⁴ MATTAR, Laura Davis. *Reconhecimento Jurídico dos Direitos Sexuais – Uma análise Comparativa com os Direitos Reprodutivos*. Disponível em www.surjournal.org, acessado em julho de 2009.

³⁵ Idem, ibidem.

Os direitos ao prazer físico, sexual e emocional destinam-se hodiernamente a tutelar o direito de àqueles não contemplados pelo direito civil clássico, diante da ausência de preocupação com o *“indivíduo como ser humano, dotado de inalienável dignidade e de aptidão inata ao desenvolvimento da sexualidade”*³⁶.

A sexualidade manteve-se por muito tempo encerrada dentro da casa da família constituída através do matrimônio, com a função precípua de reproduzir, impondo-se o casal legítimo como modelo, detentor da verdade e do direito de falar³⁷. A mulher, obediente e subjugada pelo homem, era considerada objeto de prazer e meio de procriação.

O início da construção da cidadania feminina ocorreu na Revolução Francesa, que gerou uma reviravolta geral no modo de pensar e, conseqüentemente, a busca, pelas mulheres, de participação igualitária na sociedade em relação aos homens através da reivindicação do direito ao voto e do direito à educação.

Somente com o movimento de mulheres na década de 60 do século XX é que essas críticas às desigualdades ganharam força. Neste processo, as idéias marxistas foram determinantes para a percepção das formas de dominação entre os indivíduos, em contraposição às idéias liberais que centravam a dominação em relações de poder basicamente vinculadas às relações entre Estado – fortemente influenciado pela religião – e as pessoas. Neste primeiro momento foi preciso, inclusive, construir a idéia de indivíduo, de sujeito de direitos. O movimento feminista destacou a necessidade de visualizar outras formas de dominação e opressão, que iam além das relações de classe e de produção – dado à complexidade das estruturas de poder, constituídas por um conjunto de elementos morais, jurídicos, etc. -, representando um rompimento no processo social de construção da opressão do feminino.³⁸

Samantha Buglione relata que após o Congresso Internacional de Saúde e Direitos Reprodutivos ocorrido em Amsterdã, em 1984, houve expansão na

³⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. 18ª edição. São Paulo: Graal, 2007.

³⁸ BUGLIONE, Samantha. (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. 1ª ed. Porto Alegre: FABRIS, 2002. v. 2000.

discussão do tema, permitindo o surgimento de um novo discurso, baseada nos princípios do direito à saúde e na autonomia das mulheres e dos casais na definição do tamanho de sua prole. Tal perspectiva encontrou respaldo também em nosso ordenamento, que definiu a saúde como direito de toda pessoa e o como dever do Estado provê-la³⁹.

As Conferências do Cairo e de Pequim foram marcadas pela oposição de fundamentalistas religiosos e governos conservadores que tentaram impor diretrizes pró-natalistas, opondo-se à aceitação do aborto, do prazer sexual, à existência de homossexuais e de seus direitos, à educação de jovens e à qualquer forma de família além da forma tradicional heterossexual⁴⁰.

As Igrejas promovem a associação entre a atividade sexual e a moral e o caráter de cada indivíduo, visando à preservação de uma “moralidade” sexual – a dominante –, e da instituição familiar tradicional através da discriminação do exercício da sexualidade por homens e mulheres.

Com relação a isto dispõe a Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Intolerância e Discriminação fundadas na Religião ou nas Convicções, de 1981, da ONU:

“é essencial promover a compreensão, a tolerância e o respeito nas questões relacionadas com a liberdade de religião e de convicções e assegurar que não seja aceito o uso da religião ou das convicções com fins incompatíveis com os da Carta [da ONU] [...]”. Por “intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções” entende-se toda distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício, em igualdade, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.⁴¹

Há a partir de todo este processo uma inversão na relação reprodutiva da mulher, a qual deixa de ser seu principal adjetivo para tornar-se parte de sua

³⁹ Idem, ibidem, pág. 25.

⁴⁰ MATTAR, Laura Davis. *Reconhecimento Jurídico dos Direitos Sexuais – Uma análise Comparativa com os Direitos Reprodutivos*. Disponível em www.surjournal.org, acessado em julho de 2009.

⁴¹ Idem, ibidem.

humanidade. A reprodução começa a ser percebida como algo de foro individual, como integrante do universo dos direitos civis.

Buglione destaca ainda a sexualidade como elemento essencial à redefinição das relações sociais. Sua desmistificação teve início com os ensaios de Freud que quebraram com a predominância do pensamento que tratava a sexualidade apenas na perspectiva moral e religiosa, tornando-a objeto de produção científica⁴².

A industrialização dos métodos contraceptivos é indicada como forte influenciadora neste processo por José Reinaldo de Lima Lopes⁴³, que resultou numa radical mudança dos hábitos sexuais e na dissociação da atividade sexual da reprodução e da fidelidade matrimonial. Além disso, o desenvolvimento de recursos médicos capazes de realizar abortamento de forma mais segura imprimiu à continuidade da gravidez uma carga de escolha. Relevante também neste contexto a valorização da atividade sexual e afetiva das pessoas adultas sem a intenção de procriar, ampliando ainda mais o leque de opções passíveis de escolha.

O autor relata que, assim, foi possível estabelecer o desfrute do prazer sexual como finalidade nas relações entre pessoas de sexo diferente (e não a reprodução), possibilitando às mulheres dispor das conseqüências de sua atividade sexual. Isso também favoreceu as relações entre pessoas de mesmo sexo, estigmatizadas por serem estéreis.

Iniciou-se, portanto, um processo que levou a sexualidade a não mais ser compreendida como algo natural, mas como dimensão cultural na vida dos sujeitos. Nos anos sessenta ocorreram a publicização das condutas homossexuais, a perda do valor da virgindade e a liberação dos costumes no corpo feminino, o gerenciamento da reprodução através da pílula anticoncepcional e o surgimento do vírus do HIV.

Todos esses acontecimentos contribuíram para a transformação dos significados atribuídos à concepção e à contracepção, condicionadas a determinantes sociais, culturais e éticos.

⁴² BUGLIONE, Samantha. (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. 1ª ed. Porto Alegre: FABRIS, 2002. v. 2000.

⁴³ LOPES, José Reinaldo de Lima. "Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna" in "Em Defesa dos Direitos Sexuais". 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

2.2. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos

Na definição de Fátima Oliveira, sexualidade é o conjunto de caracteres próprios de cada sexo, sejam eles físicos ou psicológicos, que se expressa no comportamento dos indivíduos de acordo com a construção cultural (ou papéis sexuais) e as possibilidades de orientação sexual⁴⁴.

Ressalta-se que o completo desenvolvimento da sexualidade é essencial para o bem estar individual, interpessoal e social. Nesse sentido, Elida Seguin afirma que *“os direitos sexuais são direitos humanos universais baseados na liberdade, dignidade e igualdade para todos os seres humanos”*⁴⁵.

A saúde sexual constitui direito fundamental e somente é possível se reconhecida, respeitada e exercitada, sobretudo no tocante à prevenção e tratamento de todos os problemas sexuais, precauções e desordens.

Corroborando este entendimento, vale citar a Assembléia Geral da *World Association for Sexology*, ocorrida o XVº Congresso Mundial de Sexologia, em 2000, que aprovou emendas para a Declaração de Direitos Sexuais⁴⁶, elaborada no XIIIº Congresso Mundial de Sexologia, em 1997. Foram abordados: I) o Direito à Liberdade Sexual, relativo a todas as formas de amar, excluídas todas as formas de discriminação, coerção, exploração e abuso; II) o Direito à Autonomia Sexual, Integridade Sexual e à Segurança do Corpo Sexual, que envolve a habilidade de uma pessoa em tomar decisões autônomas sobre a própria vida sexual; III) o Direito à Privacidade Sexual, relativo às decisões individuais e aos comportamentos sobre intimidade desde que não interfiram nos direitos sexuais alheios; IV) o Direito ao Prazer Sexual; V) o Direito à Expressão Sexual; VI) o Direito à Livre Associação Sexual; VII) o Direito às Escolhas Reprodutivas Livres e Responsáveis, o qual abrange o direito de decidir ter ou não filhos, o número e o intervalo entre cada um e o direito total aos métodos de regulação da fertilidade; VIII) o Direito à Informação Baseada no Conhecimento Científico, isto é, a informação sexual deve ser gerada mediante processo científico e ético, evitando distorções que impeçam a saúde sexual; XIX) o Direito à Educação Sexual Compreensiva; e, por fim, XX) o Direito à

⁴⁴ OLIVEIRA, Fátima. *Bioética: Uma Face da Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997.

⁴⁵ SEGUIN, Elida. *Biodireito*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁶ Disponível em www.gbb.org.br, acesso em agosto de 2009.

Saúde Sexual, que diz respeito à disponibilização de prevenção e tratamento para todos os problemas sexuais.

Os direitos reprodutivos, por sua vez, compreendem o rol de direitos relacionados ao livre desempenho da sexualidade e da reprodução humanas, os quais constituem direitos estes civis e políticos quando relativos à liberdade, à autonomia, à integridade, etc. e direitos econômicos, sociais e culturais quando relativos às políticas do Estado. Estas dizem respeito acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação, bem como à disponibilização de métodos contraceptivos e à reprodução sem riscos à saúde da mulher, viabilizando assim as escolhas pessoais.⁴⁷

Assevera Samantha Buglione que o direito à reprodução não se resume a prevenir a gravidez para dar à mulher a possibilidade de decidir sobre sua sexualidade e a oportunidade de engravidar, o seu objetivo é também a reprodução de forma segura, a preservação e o desenvolvimento da vida.⁴⁸

Relata a autora que a proteção internacional dos direitos humanos das mulheres teve início em 1919, com as primeiras normas internacionais de proteção à maternidade, proibição do trabalho insalubre e perigoso, as quais influenciaram todas as legislações do mundo, inclusive a CLT brasileira

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ratificada pelo Brasil no mesmo ano, afirmou os direitos à igualdade e à autonomia, independente de sexo, e o princípio da não discriminação. A I Conferência Mundial de Direitos Humanos, no Teerã, no ano de 1968, inclui a possibilidade de decidir sobre a vida reprodutiva e define no rol dos direitos humanos.

Buglione menciona ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada na Costa Rica no ano de 1969, a qual aponta os direitos à vida e à integridade pessoal como direito fundamental de todos⁴⁹.

⁴⁷ BUGLIONE, Samantha. *A pesquisa com embriões extra-uterinos: entre ciência e paixão*. In: Sérgio Costa; Malu Fontes; Flávia Squinca (Org.). *Tópicos em Bioética*. Brasília: Letras Livres, 2006.

⁴⁸ Idem, ibidem.

⁴⁹ “**Artigo 4º** Direito à vida: Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da sua vida arbitrariamente. **Artigo 5º** Direito à integridade física: Toda a pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.”

Os citados instrumentos internacionais têm a fundamental aptidão de servirem de base interpretativa para outras normas internacionais, sendo relevante a compreensão dos direitos reprodutivos em conjunto com os direitos à vida e à integridade pessoal.

A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher foi aprovada pela Assembléia-Geral da ONU e ratificada pelo Brasil no final da década de 70, inovando ao atribuir aos Estados a obrigação de adotarem medidas contra a discriminação, visando à sua eliminação. Tal entendimento é englobado pelos demais instrumentos internacionais posteriores⁵⁰.

Somente em 1993, com a Conferência de Direitos Humanos realizada em Viena e ratificada pelo Brasil no mesmo ano, os direitos das mulheres foram expressamente abordados como direitos humanos.

Comentando os avanços realizados pela Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994, Leila Linhares relata:

ficou firmado o princípio que as políticas relacionadas à população devem ser orientadas pelo respeito aos direitos humanos universais. A ativa participação do movimento internacional de mulheres (...) permitiu a legitimação da noção de direitos reprodutivos, apontando a necessidade de amplos programas de saúde reprodutiva e reconhecendo o aborto como um grave problema de saúde pública.⁵¹

Vale ainda, nesse sentido, citar trecho do princípio 4 da Conferência do Cairo:

Promover a equidade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais.

⁵⁰ BUGLIONE, Samantha. *A pesquisa com embriões extra-uterinos: entre ciência e paixão*. In: Sérgio Costa; Malu Fontes; Flávia Squinca (Org.). *Tópicos em Bioética*. Brasília: Letras Livres, 2006.

⁵¹ LINHARES, Leila. *As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões do Poder Judiciário*: in *Seminário Direitos Humanos: Ruma a uma jurisprudência da Igualdade*, Belo Horizonte, 1998.

Foi realizada em Pequim, em 1995, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz – incorporando os avanços obtidos pela Conferência de Direitos Humanos, de 1993, pela Conferência de População e Desenvolvimento, de 1994 e pela Cúpula de Desenvolvimento Social, de 1995 – que firmou definitivamente a noção de que os direitos das mulheres são direitos humanos; as noções de direito à saúde e de direitos reprodutivos; o reconhecimento aos direitos sexuais, com a recomendação de sejam revistas as legislações punitivas em relação ao aborto, considerado também aqui um problema de saúde pública.

Importante citar, ainda, o documento nº E/CN.4/1998/NGO/3, elaborado pelo o CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), com o auxílio de outros organismos internacionais, para a Defesa dos Direitos da Mulher por ocasião das comemorações do quinquagésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em seu Capítulo III, aborda os “Direitos Sexuais e Reprodutivos”, defendendo os direitos à autonomia, à autodeterminação no exercício da sexualidade, à liberdade na orientação sexual; à informação e à educação sobre a sexualidade e à preservação da saúde sexual e reprodutiva⁵².

Nos termos do referido documento:

Art. 10: Todos os seres humanos têm direito à autonomia e à autodeterminação no exercício da sexualidade, que inclui o direito ao prazer físico, sexual e emocional, o direito à liberdade na orientação sexual, o direito à informação e educação sobre a sexualidade e o direito à atenção da saúde sexual e reprodutiva para a manutenção do bem-estar físico, mental e social.

Art.11:

1) Mulheres e homens têm o direito a decidir sobre sua vida reprodutiva de maneira livre e de exercer o controle voluntário e seguro de sua fertilidade, livres de discriminação, coerção e/ou violência, assim como o direito de desfrutar dos níveis mais altos de saúde sexual e reprodutiva.

2) A mulheres têm direito à autonomia na decisão reprodutiva, a qual inclui o acesso ao aborto seguro e legal. (g.n.).

⁵² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

A compreensão dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos tem por escopo viabilizar a proteção da dignidade de cada pessoa contra as intervenções do Estado e dos demais.

2.3. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos e o Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Brasil tem ratificado vários instrumentos internacionais que se referem direta ou indiretamente às questões de reprodução e de sexualidade e que, uma vez introduzidos em nosso ordenamento, vinculam as ações do Estado.

A implementação das normas e princípios internacionalmente elaborados representa um desafio ao aprimoramento dos sistemas internos de direito. A assimilação pelo nosso ordenamento jurídico dos dispositivos contidos nos instrumentos internacionais promove uma nova perspectiva acerca dos fenômenos da reprodução e da sexualidade.

As leis que definem a situação jurídica das mulheres, incluídos seus direitos reprodutivos, derivam de diversas fontes. Em nosso sistema jurídico, as fontes formais de Direito estão hierarquizadas em vários níveis, de acordo com a superioridade da Constituição Federal sobre todas as demais normas. Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil comprometem legalmente o governo ao integrar o ordenamento jurídico existente, influenciando-o através das resoluções proferidas em sentenças, bem como orientando as políticas públicas do Estado. Exercem, portanto, duplo efeito sobre as ações do Estado, o que revela sua importância nas questões pertinentes à construção e efetivação dos direitos humanos.⁵³

Nesse sentido, a Emenda Constitucional 45 de 2004 conferiu status constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos⁵⁴ que forem aprovados pelo Congresso Nacional, equiparando-os às Emendas Constitucionais. Foi a consagração da doutrina majoritária, que já defendia tal entendimento conjugando os §1º e §2º do artigo 5º com o inciso III do art. 1º e inciso II do art. 4º da Constituição Federal.

⁵³ BUGLIONE, Samantha. (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. 1ª ed. Porto Alegre: FABRIS, 2002. v. 2000.

⁵⁴ Artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, incluído pela EC 45/2004.

Flávia Piovesan⁵⁵ leciona que os direitos reprodutivos se expressam muitas vezes sob a forma de princípios, o que torna sua relação com o sistema jurídico extremamente ampla, podendo-se relacioná-los com diversas áreas, como a economia, o sistema educacional, entre outros.

Dentro da Constituição, há uma hierarquia axiológica das normas, na qual os princípios constitucionais estão no topo. Dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, Samantha Buglione⁵⁶ destaca a cidadania e a dignidade da pessoa humana, no art. 1º, como dispositivos relevantes na discussão sobre os direitos reprodutivos e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, sexo e idade e quaisquer outras formas de discriminação, no art. 3º. Também relevantes os incisos I, X e XLI do art. 5º⁵⁷, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos.

O Título VIII - Da Ordem Social dispõe acerca da maioria de normas constitucionais existentes acerca dos direitos reprodutivos e dizem respeito principalmente à saúde e ao planejamento familiar. Isso porque os direitos sociais representam o instrumento de efetivação do direito individual, indispensáveis à garantia do pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos⁵⁸.

O planejamento familiar, previsto no §7º do art. 226 da Constituição, e disciplinado pela Lei 9263/96 é reconhecido como direito de toda pessoa, considerando-o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas atuais de direitos humanos*. São Paulo, Limonad: 1998. pg: 168.

⁵⁶ BUGLIONE, Samantha. (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. 1ª ed. Porto Alegre: FABRIS, 2002. v. 2000.

⁵⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

⁵⁸ Dentre outros: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”; “Art. 226. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

pelo casal. A referida lei é essencial no âmbito dos direitos sexuais e reprodutivos no ordenamento pátrio, pois dimensiona e instrumentaliza a prática para sua efetivação.

Paralelamente à sua criação, no entanto, a Lei que dispôs sobre planos e seguros de saúde excluiu de sua cobertura a inseminação artificial. Por esta e por outras razões, Elida Seguin⁵⁹ afirma que o planejamento familiar, na verdade, está praticamente vedado aos hipossuficientes por motivos econômicos e de acesso à informação.

Além da expansão da tutela ao direito à saúde, é imprescindível para o aprimoramento da tutela dos direitos sexuais e reprodutivos e, conseqüentemente, para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, a reflexão acerca das relações de poder imbuídas no tema e do reconhecimento à liberdade individual de homens e mulheres.

Os tribunais pátrios vêm tutelando, de forma crescente, situações que envolvem diretamente direitos sexuais e reprodutivos, sobretudo em relação ao reconhecimento de união homoafetiva para fins de partilha e previdenciários.

Vale citar decisões do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 971466 / SP⁶⁰ acerca dos direitos previdenciários gerados a partir de união estável entre pessoas do mesmo sexo e no Recurso Especial nº 820475 / RJ⁶¹ em sede de Ação Declaratória de União Homoafetiva

⁵⁹ SEGUIN, Elida. *Biodireito*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁶⁰ AgRg no Ag 971466 / SP, STJ, Ministro Relator Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ 05/11/2008: "PLANO DE SAÚDE. COMPANHEIRO. "A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica" (REsp nº 238.715, RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 02.10.06). Agravo regimental não provido.

⁶¹ REsp 820475 / RJ, STJ, Ministro Relator Antônio de Pádua Ribeiro, Quarta Turma, DJ 06/10/2008: "PROCESSO CIVIL. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA**. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. **POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO**. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso

Nesta seara, foi vanguardista o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, há muito vem proferindo decisões atentas à dignidade humana, aos direitos de personalidade e aos direitos humanos⁶².

No entanto, tais decisões não são majoritárias nem tampouco abrangem a maior parte das tutelas pretendidas e o rol possível de direitos a serem tutelados no campo em questão.

Neste sentido, uma questão de grande importância levantada por Elimar Szaniawski diz respeito à abrangência do art. 954 do Código Civil, que trata da liberdade pessoal. O autor lamenta que tal tutela esteja limitada, pelo rol disposto em seus incisos, à liberdade de locomoção, e afirma que o direito à liberdade pessoal está intimamente vinculado ao direito à autodeterminação da pessoa, inclusive no que diz respeito à liberdade de seguir livremente a própria orientação sexual⁶³. Isto permitiria seu uso como fundamento às demandas preventiva e reparadora envolvendo questões ligadas aos direitos sexuais e reprodutivos, impedindo a lesão à esfera de liberdade de cada indivíduo. Assim, defende a reforma integral do art. 954.

Tamanha relevância do tema e tão numerosas demandas abrangidas ensejaram a produção de diversos projetos de lei tendo por escopo demandas centradas em direitos componentes do rol de direitos sexuais que atualmente tramitam no Congresso Nacional. Dentre muitos, vale citar: I) o PL 70/1995 que dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à “alteração” de sexo e dá outras

desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido.” (g.n.)

⁶² Exemplo disso foi a decisão proferida na Apelação Crime nº 70031802614, relatada pelo Desembargador Newton Brasil de Leão, da Terceira Câmara Criminal (TJRS), julgada em 24/08/2009: APELAÇÃO CRIME. ABORTO EUGÊNICO. ANENCEFALIA. Inviabilizada a vida do feto, prenunciada sua morte por malformação – anencefalia comprovada –, hão de volver-se, os cuidados àquela que o gera, então permitindo-se a interrupção da gravidez, que nestes casos a faz exposta a risco. Inteligência do artigo 128, do Código Penal. PROVIDO”.

⁶³ “Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal.”

providências, como a substituição do prenome de pessoa transexual (a ele apensados os PL 3727/1997, PL 5872/2005, PL 2976/2008); II) o PL 4914/2009 que aplica à união estável de pessoas do mesmo sexo os dispositivos do Código Civil referentes a união estável entre homem e mulher, com exceção do artigo que trata sobre a conversão em casamento; III) o PL 2773/2000, que altera a redação do art. 235, do Código Penal Militar, excluindo do texto o crime de pederastia; IV) o PL 287/03 que, segundo sua ementa, dispõe sobre o crime de rejeição de doadores de sangue resultante de preconceito por orientação sexual, acrescentando um artigo novo – 15A – texto da Lei 7.716, de 31 de janeiro de 1989; V) o PLC 122/2006 que determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas; VI) o Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 66/2003, que dá nova redação aos artigos 3º e 7º da Constituição Federal proibindo a diferença de salários e de exercício de função e de critério de admissão por motivo de discriminação por orientação e expressão sexual, etnia, crença religiosa, convicção política, condição física, psíquica ou mental, alterando a Constituição Federal; VII) o PL 4403/ 2004, o PL 4834/2005 e o PLS 227/ 2004, que alteram o art. 128 do Código Penal, isentando de pena a prática de "aborto terapêutico" em caso de anomalia do feto, incluindo o feto anencéfalo, que implique em impossibilidade de vida extra uterina; VIII) o PL 1135/91, que suprime o art. 124 do Código Penal Brasileiro, descriminalizando o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento⁶⁴.

Revela-se necessário, portanto, o alargamento das dimensões da democracia e o reconhecimento da autonomia para a real incorporação da idéia de igualdade e para a efetiva atuação do Estado tendo por base os direitos humanos, e, especificamente no caso dos direitos sexuais e reprodutivos em todas as suas dimensões: a integridade corporal, a autonomia pessoal, a igualdade e a diversidade.

2.4. Dos Direitos Sexuais e Reprodutivos ao Direito da Sexualidade

Roger Raupp Rios aponta como limitador à efetividade dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos sua abordagem jurídica a partir de demandas

⁶⁴ Disponível para consulta em <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>, acessado em outubro de 2009.

específicas⁶⁵. Isso significa abordar o tema a partir de uma perspectiva centrada na violação de direitos relativa à expressão sexual; à orientação sexual homossexual, heterossexual, e transexual; ao travestismo; à prostituição; à discriminação sexista; ao aborto; ao acesso a métodos contraceptivos e ao acesso a técnicas de reprodução assistida.

Nas palavras do jurista:

Este rol de direitos sexuais pode ser visto como desdobramentos dos direitos gerais de privacidade, liberdade, intimidade, livre desenvolvimento da personalidade, igualdade, bases sobre as quais se têm desenvolvido a proteção jurídica da sexualidade das chamadas 'minorias' (g.n.).

No entanto, tais direitos nada mais são do que concretizações de princípios fundamentais e de direitos humanos dos quais todos são titulares, e não exceções a minorias toleradas.

Assim, o autor revela imprescindibilidade do alargamento dessa perspectiva a fim de avançar na compreensão destes direitos enquanto direitos humanos. Demonstra, portanto, a necessidade de que o ordenamento jurídico conforme uma série de relações sociais que envolvem direta e decisivamente a sexualidade humana, de modo a não restarem lacunas. Defende, desta forma, a reflexão histórica e a sistematização dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos para que possam ser concretizados e efetivados.

Ressalta ainda que os direitos humanos detêm a habilidade de proteger rol mais extenso possível de situações, abrangência consagrada em nossa Constituição Federal de 1988 através dos direitos e garantias individuais e coletivas, e da cláusula de abertura a novos direitos humanos (art. 5º, parágrafo 2º)⁶⁶. Isso possibilitaria a busca por um direito democrático da sexualidade, cujo escopo protetivo reflita a amplitude da compreensão contemporânea dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais.

⁶⁵ RIOS, Roger Raup. "Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade". in "Em Defesa dos Direitos Sexuais". 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

⁶⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Raupp Rios reitera a necessidade de que o direito da sexualidade não se esgote na “*proteção identitária (...) fundada em distinções sexuais monolíticas*” que acabam por construir tais identidades no sentido da marginalização e por reforçar uma lógica que acaba por alimentar o machismo e o heterossexismo vigentes.

O direito da sexualidade teria, então, por objeto inúmeras identidades, condutas, preferências, orientações e perspectivas relacionadas com aquilo que, em determinado momento histórico, é tido como sexual⁶⁷.

Em sentido aproximado, Elimar Szaniawski discorre acerca de uma gama de direitos, concentrados no que denomina “*direito ao prazer sexual*”, além do direito à expressão sexual⁶⁸. Afirma que estes direitos de personalidade firmaram-se como direitos humanos no XVº Congresso Mundial de Sexologia⁶⁹, onde foram aprovadas emendas pela Assembléia Geral da WAS – World Association of Sexology para integrarem a Declaração de Direitos Sexuais, elaborada, por sua vez, no Congresso Mundial de Sexologia⁷⁰.

Como já relatado neste trabalho, o referido diploma abrange, sob o título “Direitos Sexuais” diversos direitos, considerados, pois, desdobramentos deste⁷¹, capazes de assegurar todas as demandas específicas que estão diante de nós.

Tal configuração jurídica, mais ampla e genérica revela-se, portanto, muito mais eficaz na tutela dos direitos almejados pelos grupos sociais em tela e de outras que surgirem, em oposição ao reconhecimento de direitos pontuais.

⁶⁷ RIOS, Roger Raup. “*Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade*”. in “*Em Defesa dos Direitos Sexuais*”. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

⁶⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁶⁹ Ocorrido em Hong Kong (China), em agosto de 2000.

⁷⁰ Em Valência, no ano de 1997.

⁷¹ Direito à Liberdade Sexual; Direito à Autonomia Sexual, Integridade Sexual e à Segurança do Corpo Sexual; Direito à Privacidade Sexual; Direito ao Prazer Sexual; Direito à Expressão Sexual; Direito à Livre Associação Sexual; Direito às Escolhas Reprodutivas Livres e Responsáveis; Direito à Informação Baseada no Conhecimento Científico; Direito à Educação Sexual Compreensiva; Direito à Saúde Sexual.

CAPÍTULO 3: DIREITO DA SEXUALIDADE E LIBERDADES INDIVIDUAIS

A liberdade, aliada à sexualidade e ao livre desenvolvimento da personalidade tem por escopo final o florescimento daquilo que é intrínseco e mais caro a cada um dos seres humanos.

As pessoas lidam com a sexualidade e com suas conseqüências durante e maior parte de suas vidas. Justamente por isso o tratamento dado a todas as questões a ela relacionadas pelo ordenamento jurídico e pela sociedade influencia tão ampla e profundamente suas vidas. Nada mais justo, portanto, que as decisões nesse sentido sejam tomadas por aquele que for, ao mesmo tempo, agente e objeto da decisão.

3.1. Liberdade: conceituação e caracterização

O conceito de liberdade, de forma geral, liga-se à faculdade que as pessoas possuem de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, e suas restrições e amplitude estiveram sempre fortemente influenciadas pelo momento histórico e pelos contextos social e cultural.

De acordo com Canotilho⁷², o conceito de liberdade individual está tradicionalmente ligado aos direitos de defesa perante o Estado, estando, no entanto, ainda bastante obscuro na doutrina.

Cretella Júnior⁷³ sustenta que tal definição cabe ao filósofo e não ao jurista, pois, para ele, liberdade jurídica e liberdade filosófica andam juntas, e a reflexão acerca da liberdade está na raiz de toda pesquisa filosófica.

José Afonso da Silva⁷⁴, numa perspectiva mais próxima à que nos interessa abordar, afirma que:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal. Liberdade consiste na possibilidade de coordenação

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

⁷³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de liberdades públicas*. Rio de Janeiro, Forense, 1986.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.

Tratando da liberdade, Luís Roberto Barroso⁷⁵ aponta três concepções filosóficas. A primeira traduz o poder de autodeterminação do indivíduo num sentido aristotélico; a segunda, oposta, vê a liberdade como produto de um contexto externo (natureza, cultura ou infra-estrutura econômico-social); a terceira considera uma estrutura subjetiva, relativa ao poder de decisão do sujeito, consistindo na possibilidade objetiva de decidir em virtude das mais variadas circunstâncias que envolvem o homem.

É possível vislumbrar aí a diversidade de elementos envolvidos, sobretudo a polarização entre interesses do indivíduo e interesses da sociedade, do coletivo, do Estado.

A liberdade individual constitui, portanto, o poder que tem todo indivíduo de exercer e desenvolver atividade física, intelectual e moral, sem que o Estado faça-lhe restrições, nesse particular. Cabe a este, por sua vez, salvaguardar a liberdade de todos.

Nesse sentido, José Reinaldo de Lima Lopes⁷⁶ afirma que a liberdade moral do indivíduo se converte em liberdade civil à medida que há proteção “universal e simultânea” dos cidadãos de uma mesma comunidade, sustentando o direito constitucional de liberdade individual. O autor trabalha o conceito de liberdade através das noções de liberdade civil, de autonomia, e a partir das concepções morais. Para ele, a autonomia pessoal implica em uma liberdade natural, fonte do conceito geral de liberdade, uma vez inerente ao ser humano, não concedida por alguém.

A liberdade natural também embasa a idéia da liberdade como uma espécie de imunidade, no sentido de dispor de si sem dar satisfações a outrem. O domínio de si, como salienta Lima Lopes, nunca é completo, em razão do convívio social, mas enseja um campo de ação em que o sujeito está imune à interferência alheia, qual seja o da liberdade jurídica.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. “*Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna*” in “*Em Defesa dos Direitos Sexuais*”. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Nesse ponto, Jean-Paul Sartre⁷⁷ afirma que a liberdade reside no que há de mais íntimo da existência e diz respeito à escolha originária. A liberdade originária confunde-se com a liberdade a tomar as próprias decisões e a escolher o próprio projeto, que pode ser modificado a todo momento. O ser humano, enquanto o único responsável por seus atos e preferências, assume o risco de se tornar aquilo que escolheu. Nega, sobretudo, o determinismo, afirmando que o indivíduo é aquilo que decide ser, e não o que a natureza ou a sociedade define.

José Reinaldo de Lima Lopes⁷⁸ esclarece que a liberdade é natural pois dissociada dos arranjos sociais existentes, das regras convencionais aceitas como necessárias, artificiais em oposição a ela e independentes da cooperação social que, invariavelmente, une indivíduos dotados de organismos capazes de subsistência própria.

Afirma ser inerente ao ser humano a capacidade de fazer escolhas, de adotar para a própria vida o que considerar mais favorável, tendo, para isso, garantida uma esfera de não-interferência dos demais. Deste modo, gera deveres negativos (de não-interferência) aos indivíduos e à coletividade, em relação a quem o indivíduo goza de liberdade. Surge daí a possibilidade de organizar a cooperação social de modo que a minoria não viva em função da maioria, garantindo tanto a liberdade civil (conceito jurídico de imunidade) quanto à liberdade moral.

Citando John Stuart Mill⁷⁹, o autor toma o conceito de imunidade como liberdade em relação a algo (ou imunidade em relação a algo), consistindo não apenas na ausência de restrições jurídicas, mas também na ausência de coerção pela opinião pública.

O jurista ressalta ainda que o valor da imunidade ou liberdade jurídica reside na proteção da autonomia, qual seja *“a faculdade de cada um ser suficientemente*

⁷⁷ SARTRE, J. P. *O Existencialismo é um Humanismo* (apud *Os Pensadores*. Vol. XLV, Abril Cultural).

⁷⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *“Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna”* in *“Em Defesa dos Direitos Sexuais”*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

⁷⁹ MILL, John Stuart. *On Liberty*. (Ed. Mary Warnock) New York: Meridian, 1974 (apud LOPES, José Reinaldo de Lima. *“Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna”* in *“Em Defesa dos Direitos Sexuais”*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007).

*capaz de conduzir sua vida e fazer suas escolhas*⁸⁰. Trata-se de um ideal a ser alcançado por cada pessoa, restringindo as definições de certo e errado que uma comunidade pode impor aos seus membros. O ideal liberal de sociedade, portanto, não é totalizante, eis que não busca cingir todos os espaços, nem propor um modelo à vida individual.

Ademais, a autonomia destaca a tensão permanente entre o indivíduo que se destaca do grupo homogêneo com o qual precisará conviver, obstaculizando a cooperação social.

Destarte, Lima Lopes afirma a atualidade das lições de John Stuart Mill, definidor dos limites à interferência Estatal e social sobre a vida dos indivíduos e defensor da individualidade. Para tanto, estabeleceu como critério a definir a esfera de liberdade completamente própria do ser humano e retirada de qualquer avaliação ou interferência o dano a outrem, ou o risco de dano a outrem, momento em que seria justificada a submissão à moral e ao direito.

Nesse sentido, Dworkin⁸¹ apresenta sua discordância quanto ao estabelecimento de um contraste entre “direitos individuais” e “solidariedade social”, o que considera simplista e perigoso. Para ele, os direitos individuais, na medida em que são reconhecidos e aplicados, oferecem a única possibilidade de uma comunidade verdadeira onde os indivíduos participem como iguais.

Tal concepção de certa forma compatibiliza essa dialética, afirmando que os direitos humanos individuais ao mesmo tempo em que representam o interesse de cada indivíduo componente da sociedade, representam os interesses da própria sociedade, composta por esses mesmos indivíduos, tomados em igualdade de condições.

Neste sentido, afirma Laura Davis Mattar⁸²:

A regulação da sexualidade mantém-se até o presente na interface entre o público e o privado. Se por um lado, o exercício dos direitos

⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *“Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna”* in *“Em Defesa dos Direitos Sexuais”*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

⁸² MATTAR, Laura Davis. *Reconhecimento Jurídico dos Direitos Sexuais – Uma análise Comparativa com os Direitos Reprodutivos*. Disponível em www.surjournal.org, acessado em julho de 2009.

sexuais está no âmbito da privacidade e da liberdade sexual relativa à forma como se obtém prazer; por outro, é preciso a proteção estatal para que essa liberdade possa ser exercida plenamente, sem discriminação, coerção ou violência. O equilíbrio da regulação e desregulação estatal – ou seja, entre liberdade e proteção – é um tema inconcluso. Em especial porque, ao romper as barreiras da esfera privada, (...) pode-se dar espaço para uma exagerada intervenção estatal implicando restrição à liberdade do indivíduo.

No universo dos direitos sexuais e reprodutivos as novíssimas questões que estamos enfrentando remetem a antigas discussões como estas, a relação entre direitos individuais e direito sociais, a delimitação dos campos de atuação do público e do privado, a dificuldade de determinarmos a prevalência do Estado ou do indivíduo.

Esta velha dicotomia das relações sociais carece de novas idéias para ser ultrapassada, principalmente porque esconde, e por esconder reitera, práticas de constante preconceito, discriminação e exclusão.

Os direitos sexuais e reprodutivos colocam na pauta da democracia questões de âmbito privado, diminuindo a dicotomia estrutural das práticas jurídicas e políticas de público e privado, revelando a necessidade tanto de maior atuação do Estado através da promoção do acesso à informação, garantindo o direito de escolha de cada indivíduo; quanto, sobretudo, do surgimento de novos instrumentos legais, de novos direitos sociais, fazendo surgir uma nova agenda para o exercício dos direitos tanto civis e políticos quanto econômicos, sociais e culturais.

O direito à liberdade constitui, portanto, um direito essencial para a realização da pessoa e um valor fundamental que orienta o Estado de Direito. Somente a partir dessa perspectiva é que se torna possível a efetivação dos interesses tanto do indivíduo como da coletividade representada pelo Estado, sendo ponto fundamental para a deflagração e aprimoramento da democracia.

3.2. Liberdade e Sexualidade

O mesmo ideal concebido por Mill, de que não se deve invadir o âmbito decisório de um ser humano adulto e capaz, é aplicável à sexualidade. Coaduna com esse entendimento, José Reinaldo de Lima Lopes, para quem “a liberdade

*fundamental de cuidar de sua vida e conduzir sua atividade sexual é uma liberdade civil, fundada por seu turno na liberdade moral ou autonomia dos indivíduos*⁸³.

No entanto, isso não ocorre em várias situações (união homoafetiva, prostituição, aborto, dentre muitas outras) relacionadas ao reconhecimento da liberdade sexual, da igualdade de tratamento e da não discriminação. Lima Lopes entende que o cerne da questão reside em quanto podem Estado, opinião pública ou a moralidade pública “*interferir, limitar e restringir o exercício livre, inclusive em formas públicas (demonstração de afeto, reconhecimento legal das situações de convívio conjugal, etc.), da autonomia sexual de cada pessoa humana em sociedades politicamente livres, democráticas e nas quais religião e direito foram apartados*”. Isto é, quantas formas de discriminação pode o ordenamento jurídico admitir para restringir a expressão da vida sexual dos indivíduos.

Lima Lopes compreende, assim, a liberdade no limite do respeito simultâneo e compatível com igual liberdade de outrem. Não há que se falar, portanto, em sua transação, pois inerente à natureza humana e cuja proteção é a razão de ser de um estado de direito constitucional.

A partir das lições de Mill, conclui que tais formas de dominação e opressão impedem às pessoas desenvolverem sua autonomia e, portanto, sua liberdade. Por isso, defende o combate as restrições desnecessárias à liberdade, isto é, que extrapolem o limite do prejuízo a outrem. Não há legalidade, nem razoabilidade, em que uma pessoa, um grupo social ou uma comunidade imponha a alguém que faça ou deixe de fazer algo para seu próprio bem, pois esse julgamento cabe tão-somente ao agente.

Com este raciocínio, Mill afasta a condução da consciência alheia e explicita que a ação moral apenas terá valor se realizada livremente. Ademais, advoga a diversidade e o pensamento autônomo, em oposição aos hábitos costumeiros que não devem ser impostos por meio da legislação. A espontaneidade, afirma, é vista

⁸³ LOPES, José Reinaldo de Lima. “*Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna*” in “*Em Defesa dos Direitos Sexuais*”. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

com suspeita pela maioria dos reformadores morais ou sociais, como obstáculo rebelde e preocupante para aquilo que acreditam ser o melhor para a humanidade⁸⁴.

Elimar Szaniawski⁸⁵ intitula “*direito à autodeterminação pessoal*” o “*poder que cada um tem de decidir, por si mesmo, o que é melhor para si, no sentido de sua evolução e da formação de seu próprio tipo de felicidade*”, ou seja, a capacidade de autogoverno. Para ele, o direito à autodeterminação tem maior complexidade diante de comportamentos e situações que envolvem uma sexualidade diversa do padrão social, em que o indivíduo terá de encontrar e decidir por sua verdadeira sexualidade e afirmar-se conforme sua autêntica essência.

Também Herbert Hart⁸⁶ manifestou-se sobre os perigos da moral positiva (aceita e compartilhada por um dado grupo social) ser usada como critério legal superior, posicionando-se contra a criminalização e a discriminação de condutas consideradas imorais.

Para José Reinaldo de Lima Lopes, é evidente a forte restrição ao exercício da liberdade sexual que sofrem determinados grupos da sociedade, inclusive os homossexuais. Dá como exemplos o desestímulo, impedimento ou obstaculização à vida em comum entre pessoas do mesmo sexo; a questão previdenciária, quando, por diversas vezes, companheiros do mesmo sexo acabam desamparados após o falecimento do outro por terem benefícios que deveriam lhes caber destinados a parentes distantes do falecido, indiferentes e até mesmo hostis. Atribui tais injustiças à interpretação do sistema jurídico a partir de critérios morais oriundo da opinião pública acrítica, antiliberal e permeada por dogmas religiosos.

Injustiças de mesma ordem e mesmo fundamento são também dirigidas às mulheres, por diversas vezes instrumentalizadas no processo reprodutivo. Essencial, portanto, a preponderância da liberdade e soberania das mulheres para a tomada de decisões relativas à reprodução e à privacidade.

⁸⁴ MILL, John Stuart. *On Liberty*. (Ed. Mary Warnock) New York: Meridian, 1974. (apud LOPES, José Reinaldo de Lima. “*Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna*” in “*Em Defesa dos Direitos Sexuais*”. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007).

⁸⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua Tutela*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁸⁶ HART, Herbert L. *Direito, liberdade, moralidade*. (trad. Geron P. dos Santos) Porto Alegre: Sergio A. Frabris Editor, 1987. (apud LOPES, José Reinaldo de Lima. “*Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna*” in “*Em Defesa dos Direitos Sexuais*”. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007).

Nesse sentido, Hart sustenta que a atitude conservadora confunde moralidade (variável de acordo com a concepção de cada um), com o código moral do *status quo*, buscando a preservação desta moralidade específica e afastando a mudança moral. Ocorre que as sociedades são vivas, isto é, estão em constante processo de mudança, ainda que haja esforço contrário, não desaparecendo apenas por mudarem.

Assevera José Reinaldo de Lima Lopes⁸⁷:

Sobretudo, a concepção moral que respeita a idéia de seres humanos como sujeitos capazes de escolhas e considera tais escolhas como inerentes à sua própria dignidade, não admite que sejam impostas escolhas alheias sempre que o resultado de suas ações não crie dano a ninguém. (...)

Assim, a forma de experimentar sua sexualidade, por aqueles que não se subordinam a credos religiosos ou à moral convencional, desde que exercida de forma que respeite a liberdade e o consentimento dos que com eles se engajam em atividades sexuais, não pode ser impedida porque ela é considerada 'ofensiva' a alguém ou a algum grupo.

Importante citar duas importantes decisões proferidas por tribunais pátrios que coadunam com a visão de José Reinaldo de Lima Lopes, no sentido de afirmar os direitos à igualdade, à liberdade sexual e à não discriminação.

A primeira delas, proferida em sede de Recurso Especial pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro do Superior Tribunal de Justiça no ano de 1998, tem por ementa:

RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita.

Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho

⁸⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. "*Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna*" in "*Em Defesa dos Direitos Sexuais*". 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica. (g.n.).⁸⁸

Não menos importante, a decisão proferida em sede de Apelação pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (g.n.).⁸⁹

Possível concluir em definitivo, portanto, que a liberdade (e também a igualdade, como veremos), nesta seara, se desdobra em inúmeros direitos manifestados concretamente. Imprescindível, portanto, sua compreensão jurídica, sobretudo no que diz respeito às conseqüências de muitos direitos humanos clássicos e à vigência e eficácia jurídica de diplomas internacionais incorporados ao ordenamento jurídico nacional.

⁸⁸ REsp 154857 / DF, STJ, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ 26/05/1998.

⁸⁹ AC nº 70005488812, TJRS, Desembargador Relator José Carlos Teixeira Giorgis, Sétima Câmara Cível, DJ 25/06/1003.

3.3. Liberdade e Igualdade: Garantias à Dignidade.

De acordo com os ensinamentos de Roger Raupp Rios⁹⁰ já os direitos humanos de primeira geração, identificados como direitos negativos – de defesa contra intromissões abusivas – diziam respeito às liberdades individuais. Sua aplicabilidade perdura hodiernamente e abrange caracteres componentes da sexualidade.

O jurista aponta como princípios fundamentais embaixadores do direito da sexualidade os princípios da liberdade e da igualdade, que têm por escopo o reconhecimento da dignidade de cada indivíduo orientar a própria sexualidade através de decisões livres e merecedoras de respeito.

Além desses, considera válido citar ainda como informador o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (e a teoria geral dos direitos de personalidade com um todo), bem como a relevância do direito a igualdade concebido como direito à igualdade material.

Salienta que toda a compreensão jurídica (acadêmica, doutrinária e jurisprudencial) relativa ao princípio da igualdade provê diretrizes sólidas contra a discriminação fundada no sexo ou na orientação sexual.

Em suma, princípios básicos de direitos humanos, direitos constitucionais clássicos (como, por exemplo, o direito à privacidade) e, sobretudo, seu reconhecimento como elementos indispensáveis à busca pela satisfação sexual, enquanto meio à efetivação do livre desenvolvimento da personalidade, revelam-se fundamentos à possibilidade de concretização da autonomia e da liberdade.

Deste modo, não há outro entendimento possível senão pela ilegalidade e pela não aceitação de quaisquer formas de discriminação – ou de qualquer omissão do Estado em relação aos direitos positivos de informação e acesso que lhe cabem – relacionadas ao universo da sexualidade e da reprodução.

Os direitos sociais e econômicos, de cunho prestacional (saúde, previdência e assistência), constituem a segunda geração de direitos humanos e se mostram aptos a abranger diversas situações pertinentes à sexualidade. Nesse sentido, vale citar que a evolução do direito brasileiro neste contexto tem por escopo a segurança

⁹⁰ RIOS, Roger Raup. “Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade”. in “Em Defesa dos Direitos Sexuais”. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

social. Prova disso é a existência de jurisprudência firmada, desde a década de 1990, favorável à concessão de benefícios a companheiros homossexuais⁹¹, abordada anteriormente.

Em entendimento irretocável, a Declaração de Direitos Sexuais, elaborada, no Congresso Mundial de Sexologia em Valência, no ano de 1997 afirma:

Sexualidade é uma parte integral da personalidade de todo ser humano. O desenvolvimento total depende da satisfação de necessidades humanas básicas tais quais o desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor. (...) **Os Direitos Sexuais são direitos humanos universais baseados na liberdade inerente, dignidade e igualdade para todos os seres humanos. Saúde sexual é um direito fundamental, então saúde sexual deve ser um direito humano básico.** Para assegurarmos que os seres humanos e a sociedade desenvolvam uma sexualidade saudável, os seguintes direitos sexuais devem ser reconhecidos, promovidos, respeitados e defendidos por todas as sociedades de todas as maneiras. Saúde sexual é o resultado de um ambiente que reconhece, respeita e exercita estes direitos sexuais. (g.n.)⁹².

Imperativo, pois o reconhecimento do igual respeito às diversas expressões concretas da sexualidade e do igual acesso de todos aos bens necessários para a vida em sociedade. Roger Raupp Rios, citando Nancy Fraser⁹³, destaca a relevância do reconhecimento e da distribuição para a compreensão dos paradigmas da justiça sócio-econômica e da justiça cultural, onde estão inseridas diversas manifestações dos direitos sexuais e reprodutivos.

No primeiro caso, a injustiça diz respeito à economia da sociedade, envolvendo situações de exploração, marginalização e de ausência de condições adequadas de vida, como o sexismo no mercado de trabalho, a violência doméstica, a prostituição, a negativa de direitos previdenciários a homossexuais, a discriminação a pacientes soropositivos no ambiente de trabalho, dentre muitas

⁹¹ RIOS, Roger Raup. “Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade”. in “Em Defesa dos Direitos Sexuais”. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

⁹² Disponível em www.ggb.org.br, acesso em agosto de 2009.

⁹³ Nancy. *Social Justice in Knowledge Society: Redistribution, Recognition and Participation*. (apud. RIOS, Roger Raup. “Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade”. in “Em Defesa dos Direitos Sexuais”. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. APUD FRASER.

outras situações. A busca pela justiça neste contexto exige apenas a reclamação pela distribuição dos bens materiais.

No caso da injustiça cultural, afirma Raupp Rios, torna-se necessário, primeiramente, o reconhecimento dos grupos estigmatizados, numa dinâmica diferenciadora e particularizante, e dos direitos que lhes cabem (no caso em tela, do grupo de direitos que lhes cabem) para que então seja possível sua distribuição.

Para o autor, a conjugação e a ênfase de medidas de reconhecimento e de distribuição dependerá de cada caso, dado à diversidade de situações abrangidas pelo direito da sexualidade. Considera mais importante o reconhecimento, para o caso dos homossexuais e na questão feminina vislumbra um equilíbrio entre ambas as necessidades.

De fato, dentre as principais demandas dos grupos homossexuais encontra-se o reconhecimento de união civil entre pessoas do mesmo sexo e também os reflexos patrimoniais que resultam disso, com relação à partilha de bens em caso de separação e com relação ao recebimento de benefícios previdenciários, cuja distribuição (ou efetivação) não traria dissabores, uma vez positivados.

No entanto, existem diversas outras tutelas almejadas cujo mero reconhecimento é insuficiente. São os casos da intervenção cirúrgica para redesignação sexual, que exige planejamento e tomada de medidas concretas pelo poder público no sentido de promover o acesso a este serviço e sua qualidade; da aplicação de sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual, que exigiria comprovação judicial e processo de reparação de danos morais, dentre muitos outros.

A busca pelas tutelas acima se revela essencial, pois é condição ao livre desenvolvimento da personalidade, a partir das perspectivas da autodeterminação, da identidade sexual, do direito à integridade física e psíquica e, sobretudo, do direito à qualidade de vida.

Nesse sentido, afirma Marilena Chauí⁹⁴ que o substrato material da dignidade consiste no reconhecimento, pelo sujeito moral, da existência de outros sujeitos iguais a ele, merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; dotados cada um deles de vontade livre e de autodeterminação e fazendo parte de um grupo social onde garantidamente não serão marginalizados.

⁹⁴ CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. Ed. Ática: São Paulo, 2000.

Assim, os princípios da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade relacionam-se intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Maria Celina Bodin de Moraes⁹⁵ afirma que o princípio da igualdade liga-se à dignidade humana quanto à garantia de não receber tratamento discriminatório e de ter direitos iguais aos de todos os demais, sendo que a última idéia evoluiu para a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com sua desigualdade. Sendo a humanidade plural, multicultural, deve-se compreender e regular os conflitos inerentes a essa diversidade ao invés de buscar uma falsa identidade, substituindo-a pelo reconhecimento do outro de forma dialética.

Nesse sentido, a substituição do individualismo pelos princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, previstos constitucionalmente, transformaram o próprio direito civil, com a perspectiva de enfrentar as desigualdades concretas existentes em nossa sociedade, tendo em vista uma aplicação do direito a partir do respeito pela diferença.

⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

CONCLUSÃO

Sexualidade e reprodução foram utilizadas ao longo da história como forma de controle do corpo e da mente, sobretudo das mulheres, e é na busca de expressão da sexualidade de forma autônoma e libertária onde esta tem sentido, de forma dissociada da reprodução. A reprodução, por sua vez, somente tem sentido num contexto em que se dá aos homens e às mulheres a liberdade de escolher se e quando procriar, numa perspectiva de favorecimento à realização pessoal.

A influência de posições conservadoras na sociedade, fortemente das religiões, vai de encontro a toda a reflexão aqui exposta. As relações de poder, o controle sobre o corpo dos indivíduos e a opressão/submissão que tais posições promovem são incompatíveis com o pleno desenvolvimento da personalidade e com a dignidade da pessoa humana. Afetam diretamente o campo dos direitos sexuais, restringindo-os, principalmente quanto à integridade corporal, à autonomia pessoal, à igualdade e à valorização da diversidade.

A dignidade não diz respeito a aspectos específicos da existência humana, mas constitui uma qualidade inerente a toda pessoa, sendo irrenunciável e inalienável, fundamento no qual a ordem jurídica se apóia e se constitui.

Tanto a cláusula geral de proteção da personalidade quanto a previsão constitucional dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa têm por escopo sedimentar o direito geral de personalidade a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-o como um direito fundamental.

Os direitos sexuais são direitos humanos universais e têm por fundamento a liberdade, a dignidade e a igualdade inerentes a todos os seres humanos, o que se dá em razão do reconhecimento da sexualidade como parte integrante da personalidade.

É imperativo, portanto, o reconhecimento da liberdade humana como um poder de agir tendo em vista a própria realização pessoal, livre de restrições jurídicas e de coerção pela opinião pública. Gera à coletividade, portanto, o dever de não invadir a esfera privada dos indivíduos, organizando a cooperação social de modo que a minoria não viva em função da maioria.

O direito à vida privada constitui um prolongamento da personalidade, diz respeito à intimidade, à vida familiar, à liberdade sexual, à integridade física e moral e consiste essencialmente na possibilidade de viver sofrendo o mínimo de

ingerências possível. Aproxima-se, portanto, do conceito do direito à liberdade e confere ao indivíduo o espaço necessário à realização de atividades a ele essenciais.

Nesse contexto, observa-se a necessidade da definição clara dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos, pois na sua ausência, ficam abertas as possibilidades para aqueles que buscam exercer controle sobre a autonomia dos demais. Seu reconhecimento, como uma única categoria jurídica – a do direito da sexualidade –, conformadora das diversas relações sociais que envolvem direta e decisivamente a sexualidade humana, é meio hábil ao aprimoramento de sua efetiva tutela, tendo em vista uma maior força política e uma melhor percepção pelo aplicador do direito. Para que isto seja viável, é fundamental a compreensão sob perspectiva mais ampla de tais direitos, com postulados e tratamentos comuns.

Outrossim, revela-se de essencial importância a afirmação da liberdade individual enquanto possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal à frente do controle estatal no que concerne aos direitos sexuais e reprodutivos. Necessário, para isso, a construção das idéias de não discriminação, de autodeterminação e a afirmação do direito de decidir do qual cada indivíduo é titular.

A própria existência de uma sociedade composta por pessoas livres pressupõe que ela trate menos do que seria bom para a vida de cada um, para se ater à vida de todos em comum, mesmo que cada indivíduo pense de forma diferente, ou seja, pressupõe que a sociedade política não tenha propósitos totalizantes quanto à definição do que deve ser buscado individualmente por cada um de seus membros.

É preciso uma reestruturação do conceito de cidadania; uma profunda análise das relações de desigualdade e de poder existentes nas sociedades modernas, o reconhecimento de sua existência e a efetiva vontade política em modificar este quadro.

Ademais, as Declarações e as Convenções Internacionais, aqui extensamente trabalhadas, são instrumentos jurídicos internacionais importantíssimos que comprometem os Estados, e seus governos, que os assinam, a construir políticas públicas tanto no sentido de elaborar leis quando na implantação de plataformas de ação que ofereçam às pessoas a possibilidade de discutir aberta e democraticamente as questões relacionadas à sua sexualidade e reprodução.

Revela-se de extrema importância a promoção do direito à saúde, também direito de personalidade, no tocante ao suprimento de necessidades básicas da condição humana, como o carinho, o afeto, a intimidade, a expressão sexual e o amor; bem como com relação às prestações objetivas atribuídas ao Estado, como o acesso a serviços de saúde ligados à sexualidade. Cabe também ao Estado uma maior atuação a fim de garantir o direito de escolha de cada indivíduo, inclusive quanto ao surgimento de novos dispositivos legais que assegurem o exercício da sexualidade e de suas manifestações livres de qualquer forma de discriminação.

Nesse sentido, o reconhecimento jurídico do direito da sexualidade enseja a superação de uma sociedade que apenas tolera a diversidade e a espontaneidade, em direção a uma sociedade que as valoriza e as respeita. Tal reconhecimento é o primeiro passo para a distribuição dos direitos sexuais e reprodutivos àqueles que, por algum motivo, se destacam do padrão da sociedade, bem como para a aceitação social da liberdade de cada indivíduo tomar decisões responsáveis e que somente lhe dizem respeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.
- BUGLIONE, Samantha. (Org.). *Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça*. 1ª ed. Porto Alegre: FABRIS, 2002. v. 2000.
- BUGLIONE, Samantha. *A pesquisa com embriões extra-uterinos: entre ciência e paixão*. In: Sérgio Costa; Malu Fontes; Flávia Squinca (Org.). *Tópicos em Bioética*. Brasília: Letras Livres, 2006.
- _____. *Direitos Sexuais, Direitos Cívicos e Direitos Humanos: convergências, divergências e humanidades*. In: Luis Felipe Rios; Vagner de Almeida; Richard Parker; Cirstina Pimenta; Veriano Terto Jr..(Org.). *Homossexualidade: Produção Cultural, Cidadania e Saúde*. Rio de Janeiro: ABIA, 2004, v. , p. -
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. Ed. Ática: São Paulo, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999.
- CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM – Convenção Para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades individuais, 1950.
- CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio Cultural: proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2ª edição: Saraiva, 2002.
- DORA, Denise Dourado. *No fio da Navalha*. In: *Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos*. Porto Alegre: THEMIS – assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.
- FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade – 1. A Vontade de Saber*. 18ª edição. São Paulo: Graal, 2007.
- FUKUYAMA, Francis. *Nosso Futuro Pós Humano. Conseqüências da Revolução da Biotecnologia*, Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

JUNGENS, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

LINHARES, Leila. *As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões do Poder Judiciário*: in *Seminário Direitos Humanos: Ruma a uma jurisprudência da Igualdade*, Belo Horizonte, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “*Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna*” in “*Em Defesa dos Direitos Sexuais*”. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*, in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MATTAR, Laura Davis. *Reconhecimento Jurídico dos Direitos Sexuais – Uma análise Comparativa com os Direitos Reprodutivos*. Disponível em www.surjournal.org, acessado em julho de 2009.

MOTA PINTO, Paulo. *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, v. LXIX, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. *Anencefalia e antecipação do parto (a legislação de Buenos Aires)*. Publicado na Revista da AJURIS, vol. 95, setembro de 2004.

PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *A Vida dos Direitos Humanos – Bioética Médica e Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 6ª edição, São Paulo : Loyola, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas atuais de direitos humanos*. São Paulo, Limonad: 1998. pg: 168.

NUNES, L. A. Rizatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002

OLIVEIRA, Fátima. *Bioética: Uma Face da Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997.

RIOS, Roger Raup. “*Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade*”. in “*Em Defesa dos Direitos Sexuais*”. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, in: *Dimensões da Dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARTRE, J. P. *O Existencialismo é um Humanismo*. Apud Os Pensadores. Vol. XLV, Abril Cultural.

SEGUIN, Elida. *Biodireito*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*, in: *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito. Investigações Político-Jurídicas sobre o Estatuto da Concepção Humana*. São Paulo: LTr, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua Tutela*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.